

EL PAPEL DE LAS DISCIPLINAS HISTÓRICO-JURÍDICAS EN LA FORMACIÓN DEL JURISTA EUROPEO*

Debemos partir de una consideración previa: la cuestión del papel de las disciplinas histórico-jurídicas no puede considerarse de manera aislada, separada del contexto más amplio de la evolución de la formación jurídica —entendida en su conjunto— y del mismo jurista. Nos enfrentamos con grandes cambios que tienen sus raíces más profundas en la sociedad y que no pueden por ello ser ignorados. Es necesario por tanto partir de consideraciones de carácter general. Intentemos formularlas del modo más sucinto posible.

En una palabra, lo que hoy parece estar en juego es el principio histórico de *unicidad de la ciencia jurídica*. Este principio aparece históricamente ligado a un modelo muy preciso, que se afirma en Alemania a comienzos del siglo XIX y se convierte después en la seña de identidad del jurista europeo. Usualmente se resume en la cuestión del «método jurídico»: se es jurista, pertenecemos al universo cultural de los juristas, porque todos adoptamos un mismo método que permite el diálogo entre los juristas más allá de su singular adscripción académica, y así concreta el principio de unicidad de la ciencia jurídica y, en definitiva, la misma existencia de la figura del jurista. Todo esto resulta todavía demasiado genérico: debemos acla-

* El texto reproduce con fidelidad el contenido de la intervención desarrollada en el Encuentro de estudio dedicado a «Fines y métodos de la historia del derecho y formación del jurista europeo» (Padua, 25-26 noviembre 2005) que fue organizado por la *Società italiana di storia del diritto*. Con el fin de respetar el estilo propio de una intervención oral, se ha evitado introducir notas y referencias bibliográficas. En un único momento se citan un par de frases, que entendemos manifiestan perfectamente el clima cultural general en el que se desarrolla la cuestión del papel de las disciplinas histórico-jurídicas. Las frases están tomadas de Natalino Irti, «La formazione del giurista», *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 54-3 (2004), pp. 647 ss.

rar qué ha significado históricamente el «método jurídico» para los juristas europeos. No se trata de una fórmula predeterminada vinculante como una prescripción, ni de un simple estilo o modo de trabajo. El «método jurídico» nace en primer lugar de una idea compartida: el derecho tiene dos caras, una práctica, dirigida hacia el momento de la aplicación, a la lógica del caso; y otra teórica, que lo conduce a estructurarse en instituciones, en principios e, incluso, en algunas fases históricas, a aspirar al sistema. Siguiendo este elemental hilo conductor, no resulta difícil identificar al jurista: se considera como tal a todo práctico del derecho, siempre que no se encierre en lo específico de su actuación, siempre que mantenga abierto el cauce que dirige la disposición a la norma y la norma al principio; y lo es todo teórico del derecho que no se pierda en las brumas de la teoría, que no olvide nunca la naturaleza práctica del derecho, que no eluda el decisivo momento de la aplicación.

Éste es el modelo histórico que podemos llamar el modelo de la tradición. No se funda en la separación entre práctica y teoría, como se afirma a veces errónea y superficialmente. Por el contrario, se funda en la ambición de aunar de manera recíproca y variable una y otra. Y sobre todo está estrechamente ligado al principio de la unicidad de la ciencia jurídica y, así, a la misma existencia de una imagen unitaria del jurista. Desde este punto de vista, y siempre que todos adopten el mismo método, no existen razones para realizar distinciones dentro del universo de los juristas: no existe una diferencia sustancial entre las posibles operaciones de interpretación del derecho, las formuladas por la teoría o las esgrimidas por el juez en una sentencia, las que muestran el poder discrecional propio del administrador o las del experto que a través de la interpretación del derecho busca una justa ponderación y valoración de los intereses en juego. En este sentido, pienso que no se debe olvidar nunca que este principio de la unicidad no es sólo una cuestión académica, de relación entre disciplinas jurídicas; debe considerarse en primer lugar como el reflejo de una realidad social e institucional: una sociedad sin su *Juristenstand*, su corporación de juristas, como incorrectamente estamos acostumbrados a traducir en italiano, es una sociedad más pobre, menos cohesionada, menos segura porque es una sociedad en la que los actores sociales no pueden verificar —ni reducir a unidad— toda una serie de operaciones de absoluta relevancia cotidiana.

Este modelo está hoy en discusión. Y con él, el papel de las disciplinas histórico-jurídicas que están ligadas a este modelo de mane-

ra particularmente estrecha. Intentemos ahora mostrar este aspecto. El modelo de la tradición del que hablamos tiene hoy un enemigo declarado. Debiendo expresar este conflicto de manera sucinta, se puede afirmar que tal enemigo viene dado por el *nuevo dominio cultural del saber técnico-económico*. Se trata de un saber absolutamente nuevo, que no existía en los siglos precedentes y que, por tanto, no estaba presente a finales del siglo XIX, cuando nuestro modelo se vio obligado a enfrentarse con muchas novedades: con la revolución industrial, con el nacimiento de las ciencias sociales, con un cambio general de las relaciones entre Estado y sociedad. De ese enfrentamiento nuestro modelo salió transformado, pero no destruido. Hoy las cosas son distintas, y la amenaza, a un siglo de distancia, es mucho más fuerte. ¿Cómo la podemos caracterizar? Lo diría de esta manera: es la primera vez que se presenta en la historia, desde el punto de vista cultural, una ruptura tan clara entre «saber» y «saber hacer», y que tal ruptura se ha introducido también en la universidad, atribuyendo a ésta responsabilidades educativas que incluyen materias cuyo contenido se agota en el simple «saber hacer» y, así, en una formación meramente profesional. Bien entendido, ésta era una pretensión que algunos sectores de la universidad sostenían desde hacía tiempo, y que en sí misma es aceptable: todos recordaran cómo esta transformación nació en las facultades de ingeniería donde era necesario un cambio en esta dirección.

Pero la cuestión es la siguiente: ¿puede aplicarse a nuestro mundo, al universo de los juristas, un modelo de este género? Pienso que aquí encontramos el centro de nuestros problemas, que coinciden con los específicos de las disciplinas histórico-jurídicas. Tales disciplinas mantienen un papel relevante en las facultades de derecho mientras éstas se ocupan de formar al jurista unitariamente entendido, el de la tradición, aunque renovado y reconsiderado. Más problemático sería su papel si también en las facultades de derecho dominase el nuevo saber técnico-económico. Obviamente, no se propone aquí rechazar de entrada esta nueva tendencia. Sin embargo, una cosa es hacer más flexible la oferta docente, modelándola en referencia a una pluralidad de actitudes y modos de operar del jurista en la sociedad, sobre todo —más allá de las tradicionales profesiones forenses— en el mundo de la empresa y de las organizaciones de intereses; y otra cosa es recorrer el camino de una auténtica pérdida de identidad, poniendo de esa manera los fundamentos para la reducción de un saber científico históricamente fundado —como

es sin duda el jurídico— a un saber meramente técnico. Si prevaleciese esta segunda solución, también a los juristas —como a los ingenieros— se les demandaría exclusivamente la «prestación de servicios técnicos, negociables en la economía de mercado», como se ha dicho recientemente. Y al jurista se le exigiría que asumiese una dimensión hoy dominante en amplios sectores de la sociedad y de la misma universidad: la «impersonal objetividad de la prestación técnica». En el fondo aparece una sociedad que ya no tiene necesidad, para la composición de los intereses presentes en ella, de la sabiduría de los juristas, sino de simples operaciones técnicas, condicionadas por la mera racionalidad del sector en juego, en el que el derecho está presente de manera totalmente instrumental.

Obviamente, no se pretende pintar de negro el futuro de los juristas europeos, como si se tratase de un futuro ya determinado. Más adelante pondremos de relieve el lado positivo de las oportunidades, de los horizontes que se abren, incluso para los mismos historiadores del derecho. Sólo se quiere subrayar cómo en la fase actual, que indudablemente es de intensa transformación, junto con las oportunidades aparecen algunos peligros, y que para aprovechar las primeras es necesario ser conscientes de los segundos. Así, si es justo no demonizar lo que hemos definido como «el nuevo saber técnico-económico», se debe saber que históricamente éste comporta el peligro antes indicado: una estrategia de mediación de intereses que tiende a prescindir de la componente sapiencial, que sólo confía en la racionalidad técnica y que tiende, por ello, a hacer del derecho un mero instrumento de esa mediación y no ya su ordenamiento regulador. Y debemos saber que por ese camino nos acercamos a una especie de disolución de la figura misma del jurista que —más allá de las funciones académicas y de las tradicionales profesiones legales, en los amplios espacios de la sociedad— terminaría por perder, por ese camino, su configuración unitaria, y por fragmentarse en una serie de figuras técnicas —«expertos jurídicos», «expertos legales», «asesores legales»—, cada uno dueño de un saber sectorial, replegado sobre sí mismo y, sobre todo, condenado cada vez más a la especialización. Desde el punto de vista universitario, es evidente que en un futuro de este género existiría espacio, incluso aumentaría, para asignaturas capaces de reformularse en sentido técnico-profesional, y no lo habría para disciplinas como las histórico-jurídicas. Pienso que todos nosotros hemos sido conscientes de ello con ocasión de la última reforma de los planes de

estudio. Lo que sostengo es que ese clima no era, y no es, fruto de la aberración de un momento, sino expresión de una tendencia más amplia que tiene raíces y causas profundas en una fase histórica que tiende a cambiar de manera profunda las relaciones entre ciencia, cultura, técnica y trabajo, como he intentado mostrar. Debemos por lo tanto formular propuestas históricas y culturales adecuadas al presente si queremos elaborar una estrategia de combate adecuada, con vistas a mantener y promover un papel relevante para las disciplinas histórico-jurídicas en las facultades de derecho.

La primera máxima a seguir es la de no aislarse. Pienso que los historiadores del derecho debemos convertirnos en promotores de una auténtica *alianza de juristas*. Hoy no se trata ya sólo de defender una pequeña parcela más o menos apreciada. Lo que históricamente está en juego es, de alguna manera, la misma identidad del jurista. Los historiadores juristas lo sabemos bien y debemos explicárselo al resto de los juristas. Los que en teoría saldrían ganando en una evolución en sentido técnico-profesional deberían comprender también que a esas ventajas del presente corresponde un precio altísimo, a pagar a medio y largo plazo: la corrosión progresiva del papel y de la identidad del jurista, su reducción a una galaxia desordenada y fluctuante de saberes técnicos más o menos especializados. En este sentido, es necesario hacer comprender que la defensa de un papel relevante de las disciplinas histórico-jurídicas no puede entenderse como defensa de una determinada parcela, sino como valoración de un aspecto ciertamente no accesorio de la tradicional identidad del jurista y de su tradicional método, que está formado desde siempre por el conocimiento de la función práctica del derecho pero también de la reconducción de la norma a principio, y por ello de conocimientos culturales y, entre ellos, en primer lugar, los históricos. En síntesis, la historia del derecho como saludable e inevitable antídoto frente a la dispersión del saber jurídico, a su transformación en un saber meramente técnico.

No todo es tan simple. Para que los historiadores del derecho puedan promover la que antes he denominado alianza de juristas, es necesario en primer lugar que ellos lo sean. Necesitamos, en la investigación y en la docencia, una historia del derecho que esté en línea con las enseñanzas del «método jurídico» del que hemos partido. Necesitamos una historia del derecho que no se encierre en una dirección meramente exegética —como le ocurre al jurista positivo que hoy sólo conoce sus fuentes en un ámbito cada vez más

especializado y menos conexo con el universo de los juristas— y, así, una historia del derecho que no tema —respetando lo específico de cada acontecimiento histórico— *la dimensión de los principios*, sobre la cual pueda instaurarse y renovarse el coloquio con los juristas. Pero necesitamos también una historia del derecho igualmente consciente de la otra cara del derecho que es la interpretación, que hace concreta la norma y que se corresponde con su naturaleza práctica. Imagino aquí un futuro en el que el diálogo aparece no sólo sobre los principios, sino también en referencia a los *problemas* que surgen dentro de cada uno de los sectores de la experiencia jurídica, si no en cada caso sí en la dimensión de la interpretación del derecho. Imagino un futuro en el que el historiador del derecho desarrolle una función, en su investigación y en la docencia impartida en las facultades de derecho, que ya no sea sólo la tradicional sino también una nueva en la que trabaje junto al civilista, al administrativista, al constitucionalista sobre objetivos definidos, y en general siempre que resulten particularmente evidentes los componentes históricos de las cuestiones a las que esos juristas se enfrentan. No se trata de inventarse nuevas historias especiales del derecho sino de pensar en enseñanzas en las que colaboran juristas positivos e historiadores del derecho, en módulos distintos pero que confluyen en un único proyecto docente.

Confieso que me había propuesto no hablar de mi específica experiencia docente e investigadora. Pero al final, especialmente cuando se articulan propuestas concretas, es incluso justo hablar de lo que más directamente se conoce. Y así, en mi campo, que es el de la historia de las constituciones, he pensado con frecuencia en lo útil y productivo que sería una enseñanza de Justicia constitucional o de Derecho constitucional especial dedicado a los derechos fundamentales, en la que el historiador del derecho pudiese desarrollar un módulo que imagino lleno de cuestiones actuales que necesitan una comprensión histórica. Pero lo mismo sirve para el nuevo campo del derecho público europeo, en el cual se está formando, con sus luces y sombras, una realidad como la de la Unión Europea, que claramente no corresponde a ninguna forma conocida en los esquemas tradicionales de los últimos dos siglos del derecho público estatal. Obviamente, en este caso, no corresponde al historiador del derecho decir lo que es la Unión Europea, ni puede pretender definir la esencia de los derechos fundamentales, o del Estado constitucional como forma de Estado, o del tan discutido control de

racionalidad del tribunal constitucional. Sin embargo es evidente que en todos estos casos, como en otros muchos, ninguno puede pensar que estamos hoy en una fase de «tranquilo y ordenado desarrollo de la ciencia», como pudo decir un jurista alemán a mitad del siglo XIX, cuando el triunfante positivismo jurídico, de cuño estatista, pensaba haber conducido a puerto la nave del derecho. Hoy, la nave del derecho está de nuevo en alta mar. Esto sirve para todas y cada una de las disciplinas jurídicas. Y muchos nudos aparecen en el peine, precisamente desde el punto de vista histórico. En las disciplinas que cultivo el más evidente es el renovado papel de la jurisdicción, que tiene ciertamente un contenido histórico de notable densidad. Ante todas estas cuestiones el jurista positivo no puede y no debe permanecer solo. Lo que importa es que el diálogo y la colaboración con el historiador del derecho nazcan de la realidad de las cosas, de la efectividad de los problemas, y no de simples conveniencias académicas.

Por último, quisiera señalar también el mayor peligro que en mi opinión corre el historiador del derecho una vez que el coloquio con el jurista positivo sea activado. Se trata de aportar a ese coloquio su conocimiento del pasado en forma de «modelo». En el ejemplo que antes hemos puesto, eso significaría afirmar que el Estado constitucional que tenemos hoy, caracterizado en la actualidad por una importancia grandísima de la jurisdicción, no es otra cosa que una reedición de las formas más notables de Estado de carácter jurisdiccional, presentes en la Europa de antiguo régimen, o de la primera edad moderna, es decir, antes de la época más próxima del derecho público estatal posrevolucionario. De esta manera, el historiador del derecho desempeñaría el papel, verdaderamente singular, de certificador del fin del derecho moderno codificado, basado sobre la forma política de carácter estatal, y del inevitable retorno del derecho precedente. Sobre esta base no se instaure un coloquio correcto y fértil entre jurista positivo e historiador del derecho. Este último no puede convertirse en experto en muertes y resurrecciones y por el contrario debe concurrir con su saber histórico a la relativización de toda tradición recibida, incluida obviamente la más reciente, que en nuestro caso es la del derecho público estatal. La función del historiador del derecho es por tanto esencial no porque sea el custodio de «modelos», sino al contrario porque es el conocedor natural de la idea de la complejidad del pasado, y de un presente que ya no se corresponde a las categorías del derecho público

estatal, en el que conviven de manera articulada restos evidentes de ese derecho —que no son ciertamente meras supervivencias— con formas notables desde el punto de vista histórico. En una palabra, necesitamos al historiador porque ya no estamos en una fase de «tranquilo y ordenado desarrollo de la ciencia», como decíamos arriba.

Una última consideración. Nuestro encuentro está dedicado a la formación del jurista europeo, y yo apenas he hablado de este aspecto. Con este propósito, vuelvo por un momento a mi experiencia específica: la enseñanza de la historia de las constituciones. Por una serie de razones que en su origen poco tenían que ver con los problemas de nuestro encuentro, esta enseñanza fue en su día situada en el primer año de la facultad de derecho de Florencia, donde ha permanecido hasta hoy. En esa ubicación, la historia de las constituciones se convirtió en una especie de introducción histórica al derecho público, entendido en perspectiva europea, con referencia a las tradiciones constitucionales de Europa. Pues bien, lo que puedo testimoniar es el interés de nuestros estudiantes —el número de matriculados— por una dimensión de este tipo. Pienso que es necesaria una reflexión sobre esto. Si de verdad queremos introducir la dimensión europea en la formación del jurista, no nos podemos quedar en potenciar algunas enseñanzas específicas. Es necesario revisar más bien todo el proceso de formación, desde la formación inicial, que es como todos sabemos la más delicada y la más condicionante y que ya no puede dedicarse al estudio inmediato de los fundamentos del derecho nacional. Podía todavía ser así cuando más allá del derecho nacional sólo existían otros derechos nacionales, que en todo caso se comparaban con el propio, y el derecho internacional, que a su vez suponía la existencia de los derechos nacionales estatales. Entonces, era lógico partir del derecho nacional, y reservar para un momento posterior la comparación y el estudio del derecho internacional. Ahora ya no es así, y se debe por ello también desde el punto de vista docente tomar nota de la transformación que se ha producido, que ya no hace indispensables para la existencia misma del derecho el caparazón nacional y estatal. La realidad de todos los días muestra en efecto que el derecho vive ahora en otra auténtica *segunda dimensión*, junto a la estatal, que es la supranacional, de la que es expresión el derecho europeo. En el plano docente, es necesario que los estudiantes tomen conciencia de esta duplicidad desde los comienzos de sus estudios. Se

trata de una conciencia en primer lugar de orden cultural, que es necesario adquirir como necesaria premisa al estudio de *todo el derecho, nacional y europeo*. En este sentido, una buena formación del jurista europeo no se consigue sólo estudiando el derecho comunitario, sino y sobre todo estudiando de manera distinta, es decir, desde una óptica europea, los mismos derechos nacionales, y para ello es indispensable esa preliminar adquisición cultural que antes se delineaba. Pienso que también en esta dirección puede ser útil, y quizá necesaria, una vez más, la aportación de los historiadores del derecho. Como es evidente, también desde este punto de vista el juego no ha concluido. En nuestro presente, existen peligros, en nuestra opinión graves, que son los que hemos indicado al inicio de la intervención, pero existen también oportunidades relevantes, que nos corresponde afrontar de manera adecuada.

Maurizio Fioravanti

Universidad de Florencia

[Traducción de Manuel Martínez Neira]